

# As relações “*in house providing*”: do acórdão “Teckal” às novas Diretivas – Breve referência à jurisprudência “SUCH” do Tribunal de Contas português<sup>[1]</sup>

Carlos Queimado

Jurista no Tribunal de Contas

Mestre em Direito Administrativo

---

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. O conceito de “relações *in house*” e o poder discricionário da Administração de não sujeição às regras de mercado. 3. As relações “*in house*” na contratação excluída da parte II do CCP ao sabor da da construção jurisprudencial do TJUE. 4. O requisito do “controlo análogo” e sua densificação. 5. O requisito da “realização do essencial da atividade” em benefício da entidade adjudicante. 6. A contratação “*in house*” na jurisprudência portuguesa: o Tribunal de Contas e os acórdãos “SUCH – Serviços de Utilização Comuns dos Hospitais”. 7. A jurisprudência “SUCH” e um caso de tripla apreciação jurisdicional 8. Diretivas de 2014 e seu impacto positivo na doutrina “*in house*”. 9. A exceção dos contratos de colaboração entre as entidades adjudicantes. 10. Conclusão

---

## 1. INTRODUÇÃO

A escolha da presente temática das “*relações in house providing*” pareceu-nos adequada pela sua importância, singularidade, complexidade e atualidade.

Desde logo pelo facto de representar uma importante exceção ao *princípio da concorrência*<sup>[2]</sup>, como princípio basilar da contratação pública, cuja importância é na jurisprudência portuguesa

[1] O presente texto *As relações “in house providing”: do acórdão “Teckal” às novas Diretivas – Breve referência à jurisprudência “SUCH” do Tribunal de Contas português* foi apresentado como trabalho final de pós graduação, correspondendo a um dos temas ministrados no *Curso Pós-graduado*

*em Direito da Contratação Pública - Direito Internacional e Europeu, Direito Nacional e Concorrência*, que decorreu na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, entre 10 de março e 26 de maio de 2015. Face aos ulteriores desenvolvimentos vide infra actualização nas notas de rodapé n.º 80 e 85.

[2] Previsto no art.º 1.º n.º 4 do Código dos Contratos Públicos, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro, o qual têm na sua génese as Diretivas n.ºs 2004/17/CE e 2004/18/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho de 31 de março, transpostas para o ordenamento jurídico português.

assinalada de forma inequívoca pelo Tribunal de Contas «o respeito pelo princípio da concorrência e seus corolários subjaz a qualquer atividade de contratação pública, por força de imperativos comunitários, por direta decorrência de normas constitucionais, por previsão da lei aplicável à contratação e por imposição da legislação financeira e dos deveres de prossecução do interesse público e de boa gestão»<sup>[3]</sup>.

Pela singularidade da sua génese concetual atendendo que a doutrina “*in house*” não nasceu de uma criação legislativa comunitária (originária ou derivada) no âmbito dos tratados ou das diretivas da contratação, mas sim do labor jurisprudencial constante do Tribunal de Justiça [TJUE] sujeita a sucessivos aperfeiçoamentos desde o acórdão “*Teckal*” (1999) «na tensão latente entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado, conatural às relações *in house*»<sup>[4]</sup>.

Alvo de posterior positivação por parte de alguns ordenamentos jurídicos nacionais<sup>[5]</sup> foi no caso português incluída sistematicamente nas normas relativas à *contratação excluída* da aplicação da parte II do Código dos Contratos Públicos<sup>[6]</sup>, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 18/2008, de 29 de janeiro<sup>[7]</sup>, mais precisamente no art.º 5.º n.º 2 do aludido diploma.

Na verdade, embora a submissão ao *princípio da concorrência*

[3] Acórdão do Tribunal de Contas n.º 40/2010, de 3 de novembro, 1.ª S/SS, proc. n.º. 1303/2010, consultável em [www.tcontas.pt](http://www.tcontas.pt).

[4] BERNARDO AZEVEDO, *Contratação in house: entre a liberdade de auto-organização administrativa e a liberdade de mercado*, Estudos de Contratação Pública – I, Organização: Pedro Gonçalves, CEDIPRE, Coimbra Editora, 2008, p. 116.

[5] Vd. Art.º 24.º n.º 6 da *Ley de Contratos del sector Público* (Espanha); art.º

3.º, n. 1 do Code des Marchés Publics (França); e art.º 13.º da Lei 326/2003, de 24 de novembro, com a alteração introduzida pela Lei n.º 248/2006, de 4 de agosto (Itália), embora só a nível local. Vd. ALEXANDRA LEITÃO, «Contratos Interadministrativos», in Direito Administrativo – Coleção Formação Continua – Centro de Estudos Judiciários – E-book, 2014, pp. 173 e segs.

[6] Mas não fica excluída a aplicação da parte III do CCP, caso se trate de *contratos administrativos*.

[7] Este CCP, já sofreu várias alterações, sendo a última, a verificada com o DL n.º 149/2012, de 12 de Julho, as demais foram operadas pelos seguintes diplomas: Rect. n.º 18-A/2008, de 28 de Março, Lei n.º 59/2008, de 11 de Setembro, DL n.º 223/2009, de 11 de Setembro, DL n.º 278/2009, de 02 de Outubro, Lei n.º 3/2010, de 27 de Abril, DL n.º 131/2010, de 14 de Dezembro, Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro [LOE 2012] – Vide evolução legislativa em [www.pgdlisboa.pt](http://www.pgdlisboa.pt), para melhor entendimento.

dos contratos a celebrar constitua um critério fundamental da aplicação do regime de formação de contratos previsto na parte II do CCP (artigos 5.º e 16.º, n.º 1), como «*umbrella principle*»<sup>[8]</sup> na concretização dos desideratos comunitários da *economia de mercado aberta* e de *livre concorrência*<sup>[9]</sup>, cedo a jurisprudência do TJUE entendeu que a *contração interna*, ou *doméstica* deveria constituir uma exceção às regras concorrenciais de mercado.

Não é todavia uma figura isenta de complexidade, defendendo alguns autores que a mesma, em bom rigor, não configura uma verdadeira exceção àquele princípio, pois partindo-se de uma *conceção metaorgânica* da Administração a referência à concorrência na contratação entre entidades públicas soará a «fenómeno estranho», asserção que é comprovada pela existência de uma tradição expressa nos vários ordenamentos «*de não concorrência na contratação entre entidades públicas*», e que o Tribunal de Justiça se limitou a reconhecer no acórdão *Teckal*<sup>[10]</sup>.

Por outro lado, sustentam outros que a imposição de procedimentos de natureza concorrencial na formação dos contratos, inclusive à Administração Pública, não é uma injunção que decorra tão só do ordenamento comunitário, porque o *princípio de respeito pela concorrência* não é mais do que a concretização de valores suportados igualmente pela ordem jurídica constitucional e um valor estruturante da organização económica portuguesa [vide artigos 81.º, al. f) e 99.º, al. a) da CRP]<sup>[11]</sup>, que é aplicável à Administração permitindo-lhe contratar em condições mais

[8] Cf. RODRIGO ESTEVES DE OLIVEIRA, *Os Princípios Gerais da Contratação Pública*, in *Estudos da Contratação Pública – I*, Coimbra Editora, p. 67.

[9] Para maiores desenvolvimentos vide RUI MEDEIROS, «Âmbito do novo regime da contratação pública à

luz do princípio da concorrência», in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 69, maio/junho 2008, pp.3 a 29.

[10] Cf. MIGUEL ASSIS RAIMUNDO, *Formação dos Contratos Públicos – Uma Concorrência Ajustada ao Interesse Público*, 2013, AAFDL, pp. 646 e segs.

[11] Cf. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa*, Anotada, Vol. I, 4.ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 969 e 970.